

LOS “BENEFICIOS” DEL TLC: LAS CONSECUENCIAS PARA LA BIODIVERSIDAD Y EL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELECTUAL DE COLOMBIA

MARTÍN URIBE ARBELÁEZ*

*“Un error no se convierte en verdad por el
solo hecho de que todo el mundo crea en él”.*
Mahatma Gandhi

Fecha de Recepción: 15 de enero de 2007
Fecha de Aceptación: 30 de enero de 2007

RESUMEN

El Tratado de Libre Comercio (TLC) USA–Colombia aumenta la protección de la propiedad intelectual por encima de la normatividad internacional plasmada en los Acuerdos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones. El acuerdo intensifica la llamada “apertura” consagrando un modelo exportador. El propósito de este ensayo es analizar lo que representa el TLC para el desarrollo económico y social, con énfasis en los sustanciales cambios que se introducen en el Régimen Común de Propiedad Industrial. La desprotección de la biodiversidad, “patentes a plantas o animales”, los enormes costos para la salud pública, la competitividad basada en las maquilas y, la pauperización social, contradicen los sofismas que parecen evocar al realismo mágico como explicación de nuestra historia.

PALABRAS CLAVE: Globalización, OMC, ADPIC, patente, datos de prueba, genéricos, derechos del obtentor, biopiratería.

ABSTRACT

The free trade agreement between the United States and Colombia favors the increased protection of intellectual property rights at the expense of compliance with the international norms derived from the World Trade Organization’s Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS) and the Andean Community of Nations’ Decision 486 of 2000. The free trade agreement deepens the economic liberalization that champions the exportation model of

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia., y Profesor de la Especialización en Propiedad Industrial, Derechos de Autor y Nuevas Tecnologías de la Universidad Externado de Colombia. maruribe2000@yahoo.com.mx

economic growth. The purpose of this paper is to analyze what the agreement means for the economic and social development in Colombia, focusing on the substantial changes in the regime of intellectual property rights. The prospect of diminished biodiversity, patentability of plants and animals, high cost of health services, unfair competition against the maquiladoras, and social impoverishment mars the rhetoric in favor of the free trade agreement.

KEYWORDS: Globalización, World Trade Organization (TWO), TRIPS, patent, test data, generics, intellectual property rights, biopiracy.

INTRODUCCIÓN

Las posiciones antagónicas en torno al TLC tienen algo en común, el reconocimiento de su importancia para el futuro del país. Sus efectos económicos, sociales, políticos y jurídicos, positivos para unos y perjudiciales para otros, han sido objeto de cuestionamientos desde el inicio de las negociaciones. El presente artículo examinará los cambios que se introducen en materia de propiedad industrial, ubicándola dentro de su contexto socio-jurídico.

La mayor protección de las patentes, los obstáculos para la producción de medicamentos genéricos y sus repercusiones en la salud pública, han sido duramente criticados. Si la tecnología es vital para el desarrollo, ¿cómo aceptar que se erijan nuevas barreras legales que obstaculicen su transferencia? Flexibilizar los requisitos para que una invención sea patentable y ampliar el campo de patentabilidad, ¿a quién beneficia? Extender el tiempo de vigencia de las patentes, ¿es saludable para un país dependiente de tecnología?

Por otra parte, el TLC va mucho más allá de ser un simple acuerdo para liberalizar el intercambio de mercancías. Las rondas o mesas de negociación versaron sobre: compras del sector público, inversión, propiedad intelectual, acceso a mercados, medidas fito y zoosanitarias, bienes industriales, textiles y confecciones, asuntos ambientales, obstáculos técnicos, procedimientos aduaneros, defensa comercial, política de competencia, servicios financieros, telecomunicaciones, comercio electrónico, normas de origen, solución de controversias y asuntos laborales.

El TLC obedece a una concepción de desarrollo económico que también ha sido controvertida. Así, el ganador del premio Nóbel, Joseph Stiglitz, “aseguró que la forma como se negocia el comercio hoy no es simétrica y que ya no priman intereses de equidad o democracia, sino los de grupos particulares como las farmacéuticas y las petroleras, ‘o al menos esos son los intereses que representa la oficina comercial de E. U’”¹.

¹ Charry, Laura, artículo “El TLC recibe ‘palo’ de economistas estadounidenses Joseph Stiglitz y Jeffrey Sachs”, en *El Tiempo*, abril 18 de 2006, pp. 1-8.

Jeffrey Sachs, asesor del programa contra la pobreza de las Naciones Unidas, opinó que: "Colombia, al igual que el resto de América Latina, no ha sido ajena a la globalización y es quizás una de las economías que con más juicio ha aplicado las recetas del Banco Mundial y del Fondo Monetario, sin embargo, los resultados en materia de crecimiento no son los más destacados"². Adicionalmente, "[...] el problema del país ha sido precisamente ese, el de hacerle mucho caso a los multilaterales, cuando lo importante es solucionar la violencia y la inequidad. [...] América Latina es el gran acertijo de la globalización, pues no son los más afectados por ella, ni los que le han sacado más provecho, pero sí tienen el problema de no invertir en erradicar la pobreza y las diferencias sociales. **Crecieron como un continente conquistado y se quedaron con esa costumbre**"³.

I. COLOMBIA CAMPEÓN EN LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL DESBORDANDO LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

Los Acuerdos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), elevaron la protección existente sobre la propiedad intelectual. De forzosa aceptación para el ingreso a la OMC, el Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech, que en 1994 alumbró este ente supranacional, contiene los famosos ADPIC. Al año siguiente, 1995, comenzó su aplicación y comenzaron a irradiarse sus benefactores efectos. La conmemoración de sus diez años, estuvo marcada por el regocijo popular. Aún se recuerdan las manifestaciones de "agradecimiento" de Seattle, Cancún y Hong Kong. Donde quiera que se reúna la Conferencia Ministerial de la OMC, es recibida con vítores y aplausos por la sociedad civil, a menos que su anfitrión sea una férrea dictadura militar como sucedió en Doha, capital de Qatar, en cuyo caso las "celebraciones" corren por cuenta del autócrata de turno.

El ADPIC aumentó la protección de la propiedad intelectual y eliminó importantes restricciones de patentabilidad. La norma supranacional global autoriza que se otorguen patentes de invención para "los productos farmacéuticos, los medicamentos, las sustancias terapéuticamente activas, las bebidas y los alimentos para el uso humano, animal o vegetal"⁴. Al suprimir la prohibición el ADPIC autorizó la concesión de patentes para las medicinas y alimentos, tradicionalmente excluidos de patentabilidad en casi todos los países.

2 Idem.

3 Idem. Énfasis fuera del texto original.

4 Literal c) del artículo 5º de la Decisión 85 de 1974, incorporada a nuestra legislación interna por el Decreto 1190 de 1978, conocida para abreviar como Decisión 85 de 1978. Igual prohibición se encontraba en el artículo 538, ordinal 2º del Código de Comercio.

“Esta es la razón fundamental en que se basan las legislaciones que prohíben patentar los productos químicos: la de dejar abierta la posibilidad de que ese mismo producto sea obtenido utilizando otro procedimiento diferente del hallado por el inventor para obtener el producto logrado. Se estima, dentro de tal concepción, que la patente de producto, tratándose de aquellos que se caracterizan por su composición, constituye un monopolio exorbitante, que puede afectar al progreso técnico y privar de estímulo a las investigaciones que tengan por finalidad encontrar nuevos procedimientos para obtener sustancias conocidas ya. De aquí que estas legislaciones que prohíben la patente de producto para las sustancias químicas, en cambio, permitan patentar el procedimiento empleado por el inventor. De este modo, podrá solicitarse nueva patente, para cualquier otro procedimiento, distinto del hallado por el inventor anterior, que permita obtener igualmente esa sustancia. Los productos medicamentosos, por lo general, se encuentran comprendidos entre las sustancias químicas, afectándoles, por tanto, la prohibición de patentar el producto, por las mismas razones. Pero además, aquí la exclusión de patentabilidad de los productos se basa en la consideración de que no es conveniente al interés público conceder a nadie el monopolio de la producción de remedios para la salud humana o animal. Análogo es el caso de los productos alimenticios”⁵.

Los antibióticos se desarrollaron bajo este marco normativo que tutelaba el procedimiento de obtención del producto pero no el medicamento como tal. Por lo mismo, la penicilina al no detentar el monopolio del principio activo, se obtuvo mediante múltiples procedimientos. La licitud de poder emplear otros procedimientos para llegar al mismo resultado, facilitó el acceso a los medicamentos, abaratando sus precios como consecuencia de la competencia entre productos farmacéuticos similares. Bajo el imperio del ADPIC la concesión de patentes para los medicamentos ha disparado los precios. Ni siquiera se exceptuaron los medicamentos esenciales definidos por la Organización Mundial de la Salud⁶.

Otra de las peculiaridades del ADPIC fue la de asimilar explotación real y efectiva de la patente, con importación del producto patentado. “[...] las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país”⁷. La absurda sinonimia se repite en el artículo 60 de la Decisión 486 de 2000: “[...] También se entenderá por explotación la importación [...]”⁸.

5 Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Ed. Civitas, 1978, p. 705. Énfasis fuera del texto.

6 Excluidos de patentabilidad durante la vigencia de la Decisión 344 de 1993, artículo 7º, literal e).

7 Artículo 27, párrafo 1, Sección 5, Parte II del ADPIC, disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips_01_s.htm. Última visita, 22 de abril de 2007.

8 Disponible en <http://www.emercatoria.edu.co/paginas/volumen3/Documentos01/DECISION%20486.doc>. Última visita, 22 de abril de 2007.

La transferencia de tecnología ya no implica la aprehensión de la técnica utilizada para la elaboración del producto patentado ni estar en capacidad de fabricarlo, aprender cómo se hace, sino desempacarlo y venderlo. No exigiéndose una verdadera transferencia de tecnología se supone que es suficiente la divulgación de la invención hecha en la solicitud de la patente. El conocimiento virtual desplaza la transferencia real. La patente se convierte así, en un exorbitante derecho de importación exclusiva⁹. "Si la globalización supone libre circulación de mercancías, capital y tecnología, ¿no es un contrasentido prohijar mercados cautivos sometidos a los caprichos de un único importador exclusivo, que merced al registro de una patente que no explota, monopoliza el mercado?"¹⁰

Las disposiciones del ADPIC extienden el campo de patentabilidad y extralimitan los derechos de propiedad intelectual, en detrimento de los países dependientes. El mundo subdesarrollado tiene que descapitalizarse aún más para adquirir la tecnología incorporada que necesita, con el agravante de que su transferencia es sólo teoría. Los tratados bilaterales de libre comercio con Estados Unidos rebasan la de por sí ya gravosa normatividad de la OMC.

I.I FLEXIBILIZACIÓN DE LOS REQUISITOS DE PATENTABILIDAD

El texto del TLC introduce en las nociones "no evidente" y "útiles" una implicación inmediata de aspectos como "actividad inventiva" y "susceptible de aplicación industrial"¹¹. Esto no es gratuito. En el ADPIC dicha equivalencia se encuentra en nota aclaratoria al pie de página¹², pero la Decisión 486 de 2000 en su artículo 14 no transcribió esta aparente similitud. Establecer que una invención llena el requisito de aplicación industrial, cuando tiene una "utilidad específica, sustancial y creíble", modifica la definición del artículo 19 de la Decisión 486 ampliándola para que cobije no sólo la industria en cualquier actividad productiva o de servicios, como está en la

9 "La patente no conferirá el derecho exclusivo de importar el producto patentado o el fabricado por el procedimiento patentado", prescribía el artículo 28 de la Decisión 85/78, que en su artículo 31 ordenaba la explotación "en el territorio del país miembro que otorgó la patente". Era la contraprestación por el reconocimiento del derecho de exclusividad. En igual sentido el Código de Comercio en su artículo 558, parágrafo 2º afirmaba: "Se entiende por explotación la utilización permanente y estable de los procedimientos patentados o la elaboración del producto amparado por la patente, con el objeto de suministrar al mercado el resultado final en dichas condiciones razonables, siempre que tales hechos ocurran en Colombia".

10 Uribe Arbeláez, Martín, *Propiedad Industrial, Neoliberalismo y Patente de la Vida*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2002, pp. 133-134.

11 Artículo 16.9, párrafo 1, Capítulo 16, Proyecto de Ley Número 178 de 2006 Senado, por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscritos en Washington, D.C. el 22 de noviembre de 2006. Gaceta del Congreso, enero 29 de 2007, p. 131.

12 Artículo 27, párrafo 1, Sección 5, Parte II.

precitada norma, sino también: los métodos de negocios, de diagnóstico, terapéuticos, quirúrgicos, mejoras de plantas, animales y hasta eventuales patentes de segundos usos. La vaguedad de lo “no evidente” y “útil” da para todo.

A diferencia del derecho norteamericano que exige una novedad muy relativa, en nuestro sistema de patentes se ha requerido una novedad absoluta, con referencia al estado de la técnica existente a nivel internacional. “Una interpretación teleológica de las disposiciones sobre novedad debe tener en cuenta que el privilegio de concesión de la patente sólo se justifica cuando alguien aporta un conocimiento que no poseía la comunidad y no simplemente cuando se copia lo ya conocido en otro Estado”¹³.

“La regla general es exigir la novedad absoluta en todos los países y ese es el criterio de la Decisión 486. Este hecho se debe a la presión que ejercen los países del primer mundo sobre los del tercero. La materia de propiedad industrial está totalmente politizada y los países pequeños no tienen otro remedio que ceder ante los grandes. Otro aspecto, esta vez lamentable, de la globalización o el globalismo. La soberanía de los países pobres no existe”¹⁴.

El ADPIC autoriza la exclusión de la patentabilidad de “los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales”¹⁵. La Decisión 486 en su artículo 20, literal d), dispone que “**no serán patentables**”¹⁶. La Comunidad Andina de Naciones (CAN) debe preservar esta prohibición al igual que la relacionada con la proscripción de las pretendidas “patentes” de segundos usos, vetadas en el artículo 21 del Régimen Común de Propiedad Industrial. Recuérdese que el ordenamiento comunitario andino es de aplicación preferente y preeminente frente al derecho interno. La vigencia de estas normas imposibilita interpretaciones amañadas, que pueden surgir de los oscuros y enredados textos del TLC. La tajante prohibición de las patentes de segundos usos, artículo 21 de la Decisión 486/00, frena cualquier argumentación de “utilidad específica, sustancial y creíble” que atentando contra la salud pública y la razón de ser del derecho de patentes, llevaría a que un analgésico, por ejemplo, la centenaria aspirina, ácido acetilsalicílico: analgésico, antipirético, anticoagulante, anti-inflamatorio, usurpara un absurdo derecho de exclusividad.

Los programas de ordenadores o el soporte lógico y los métodos de negocios tampoco se consideran invenciones por mandato del artículo 15, literales e y d de la Decisión 486/00. La amenaza de “patentar” el software continúa latente, de ahí la importancia de mantener la expresa prohibición.

13 Pachón, Manuel y Zoraida Sánchez Ávila, *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 1995, p. 53.

14 Ravassa Moreno, Gerardo José, *Derecho Comercial Bienes Mercantiles. Tomo I*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 2001, p. 372.

15 Artículo 27, párrafo 3, literal a), Sección 5, Parte II.

16 Énfasis fuera del texto.

"En síntesis, no parece justificado, como política pública, ampliar el alcance del sistema de patentes a los métodos de negocios en Internet. En nuestro concepto, la ampliación de cualquier derecho de propiedad intelectual a nuevas áreas, debe ser sopesada y solamente se debe realizar, una vez existan suficientes elementos que indiquen sus efectos positivos para la sociedad. La carga de la prueba, además, debería estar en quien propone la extensión de un derecho exclusivo y no en quien defiende la situación actual"¹⁷.

I.2 "PATENTES A PLANTAS O ANIMALES"

La esencia del derecho de patentes es recompensar la innovación con un privilegio de explotación exclusiva, para estimular el adelanto tecnológico en beneficio de la sociedad. Desde siempre se ha distinguido entre invención y descubrimiento. Sus diferencias saltan a la vista. Aquí entramos de lleno en las absurdas "patentes de la vida" que el TLC, entregando nuestra biodiversidad, cede a los Estados Unidos.

El ADPIC autoriza excluir la patentabilidad de "las plantas y los animales excepto los microorganismos [...]"¹⁸. La Decisión 486/00 hace uso de dicha facultad y en su artículo 15, literal b), preceptúa que: "No se considerarán invenciones [...] b) El todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural". No obstante, en el acápite de "Disposiciones Complementarias", la Decisión 486/00, artículo 280, permite la concesión de patente a "un organismo genéticamente modificado" o transgénico. En la Comunidad Andina no es patentable un gen en sí a menos que se le haya manipulado su ADN, cortando y pegando, como en una sastrería, otras moléculas de ADN que provienen de fuentes distintas, para conformar una molécula híbrida de ADN que no existe en la naturaleza. Asombrosos prodigios de la ingeniería genética con promesas y riesgos para la dignidad humana, que motivaron la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos, proclamada por la UNESCO el 11 de noviembre de 1997.

El mundo contempló estupefacto cómo en los Estados Unidos se otorgaban patentes de genes, secuencias genéticas humanas, enfermedades monogénicas recesivas y hasta virus. La Unión Europea para no quedarse atrás en esta carrera desenfrenada por la acumulación de capital, también concede patentes de genes, que son comunes a todos y propiedad colectiva de los habitantes del planeta tierra, pero, por lo menos exige su secuencia parcial o total y la indicación de una supuesta utilidad o aplicación indus-

17 Gamboa Benavides, Javier, *Patentabilidad de los métodos de negocios en Internet*, en *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes–Legis, 2002, p. 385.

18 Artículo 27, párrafo 3, literal b), Sección 5, Parte II.

trial¹⁹. Vale la pena observar que el esfuerzo investigativo y la sofisticada técnica empleada para aislar y secuenciar un gen podría ampararse solo con **patente de procedimiento**. Monopolizar el producto, gen humano, común a toda la especie, es aberrante.

“Las patentes de formas de vida son contrarias a la ética, y el Acuerdo sobre los ADPIC debería prohibirlas, modificando la prescripción relativa a la concesión de patentes sobre los microorganismos y los procedimientos no biológicos o microbiológicos para la producción de plantas o animales. Tales patentes infringen las normas morales y culturales de numerosas sociedades de países Miembros de la OMC. Hacen que carezca de sentido la excepción relativa a la protección del orden público y la moralidad prevista en el párrafo 2º del artículo 27, que los Miembros que consideran que las patentes de formas de vida vulneran su entramado social y cultural y son inmorales, invocarían si no existiera la prescripción antes mencionada”²⁰.

Esta propuesta presentada por la Misión Permanente de Marruecos en nombre del Grupo Africano al Consejo de los ADPIC, reunido el 4 y 5 de junio de 2003, no tuvo peso... Compartir los conocimientos y poner la tecnología al servicio de la vida, no es el propósito de la “globalización”.

La norma comunitaria andina, acogiéndose a la flexibilidad brindada por el ADPIC en este controvertido asunto, no acepta las patentes de seres vivos y rechaza su concesión para plantas y animales.²¹ El TLC establece lo contrario y obliga a Colombia a permitir la patentabilidad de plantas y animales.

“[...] la imposición de patentes sobre plantas y animales perjudica los intereses de la nación colombiana y de los demás países andinos. Colombia es titular soberano de los recursos biológicos y genéticos existentes en su territorio y la extensión del derecho de patentes sobre animales y plantas sólo sirve a los intereses comerciales de otras naciones para apropiarse legalmente de recursos de gran valor. Las comunidades indígenas y locales quedarían igualmente desprotegidas en sus derechos sobre sus conocimientos asociados a los recursos biológicos”²².

De conformidad con el ADPIC, la Comunidad Andina de Naciones tiene un régimen sui generis para la protección de los derechos del obtentor de nuevas variedades vegetales. A la Decisión 345 de 1993 sigue el Convenio UPOV (Unión Internacional para la

19 Directiva Comunitaria “relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas”, de 6 de julio de 1998, Directiva 98/44/CE, disponible en <http://europa.eu>. Última visita, 22 de abril de 2007.

20 Organización Mundial del Comercio, <http://www.tripsagreement.net/documents/GATTdocs/IP/C/M/40>. Última visita, agosto 22 de 2003.

21 Artículo 15, literal b) y artículo 20, literal c) de la Decisión 486 de 2000.

22 Nemogá Soto, Gabriel Ricardo, artículo “Por qué No a las patentes sobre plantas y animales”, en EcoPortal.Net, <http://www.ecoportal.net/content/view/full/46027>. Última visita, 22 de abril de 2007.

Protección de las Obtenciones Vegetales) de 1991. Colombia adhirió al Convenio UPOV versión 1978, pero no lo ha hecho con respecto al de 1991. En el TLC se le impone su adopción. ¿Por qué? La respuesta no es otra que la mayor extensión de los derechos del obtentor. El Acta UPOV de 1991 representa para el agricultor pagar regalías no solo por el material de reproducción sino también por los productos de su cosecha. Como si fuera poco, restringe los derechos del fitomejorador y del agricultor.

La Decisión 345 de 1993, a pesar de inspirarse en la UPOV de 1991, introduce importantes modificaciones que, desde el punto de vista del desarrollo agrícola subregional, constituyen notables salvaguardas. En su artículo 25 autoriza el empleo de la variedad protegida para fines experimentales sin el consentimiento del titular de los derechos de obtentor. "Obsérvese, y esta es otra diferencia, que en el régimen de patentes la explotación de la variedad está sujeta a la voluntad del titular de la patente, en tanto que en materia de obtenciones vegetales está permitida la *reverse engineering* [expresión usada para instrumentos mecánicos] para producir otra variedad que resultará protegida siempre y cuando no sea esencialmente derivada"²³.

El privilegio del agricultor está previsto en el artículo 26 de la Decisión 345 de 1993: "No lesiona el derecho de obtentor quien reserve y siembre para su propio uso, o venda como materia prima o alimento el producto obtenido del cultivo de la variedad protegida. Se exceptúa de este artículo la utilización comercial del material de multiplicación, reproducción o propagación, incluyendo plantas enteras y sus partes, de las especies frutícolas, ornamentales y forestales". Teniendo en cuenta las necesidades alimenticias de la población, en otras palabras, el derecho a la vida y la precaria situación económica de la mayoría de los habitantes de la subregión andina, la norma comunitaria quiso limitar los derechos del obtentor y respetar los tradicionales derechos de paisanaje de intercambiar las semillas con sus vecinos. El Convenio UPOV de 1991 no admite esta inveterada costumbre y tampoco le interesa excepcionar a favor de la manutención vital. La norma comunitaria consagra una necesaria restricción a los derechos del obtentor, y hay que repetirlo, es de aplicación preferente y preeminente en relación con el derecho interno²⁴.

De adoptarse el régimen de patentes la protección sería todavía más férrea. Para rematar, una nueva amenaza se cierne sobre la alimentación mundial. Las semillas transgénicas contaminan las otras, por acción de los vientos e insectos, y "de ñapa" toca pagar regalías por su utilización accidental o atenerse a las consecuencias por

23 Rengifo García, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 306-307.

24 Cf. Robledo del Castillo, Pablo Felipe, Director de la Investigación, *Los derechos del obtentor de variedades vegetales en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006. Valioso acopio investigativo en el que se sostiene lo contrario. Comparto la posición expresa sobre el "privilegio del agricultor" por el ilustre profesor Ernesto Rengifo García, Director de Estudios del Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual de la Universidad Externado de Colombia, en la presentación de la obra.

violación de la patente²⁵. La semilla “terminator”, un transgénico que seduce con la ilusoria promesa de mayor productividad y resistencia a las plagas, está genéticamente programada para tornarse estéril tan pronto germina. La simiente no puede ser reutilizada, como acostumbran hacerlo los agricultores. El monopolio de la alimentación mundial por un puñado de compañías biotecnológicas transnacionales avanza como una mancha de aceite que se expande sobre el mundo. Mientras tanto, los tratados bilaterales de “libre” comercio minan la autosuficiencia alimentaria de las naciones empobrecidas.

1.3 MÁS TIEMPO DE VIGENCIA PARA LAS PATENTES

So pretexto de “compensar por retrasos irrazonables en la expedición de la patente” se extiende la exclusividad. En contravía con el ADPIC, que reconoce “un período de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud”²⁶, el TLC lo aumenta. La fecha cierta de la solicitud, que determinaba el tiempo de vigencia de la patente, puede ser otra posterior debido a “retrasos” administrativos. El período de protección se alarga en más de veinte años, como “compensación” por “retrasos” en la concesión del título de la patente.

El derecho fundamental a la igualdad resulta vulnerado al favorecer a los peticionarios de patentes con una “compensación” que no opera para todos los trámites administrativos. Los ciudadanos debemos armarnos de resignación y paciencia hasta que las autoridades decidan pronunciarse. Los términos judiciales no se cumplen, solo corren para las partes. La morosidad en la solución de las demandas y atención de la gente del común es validada con la habitual congestión de los despachos sin ningún tipo de retribución. Revestir el interés particular del solicitante de una patente, la mayor parte provenientes de compañías multinacionales, de una prerrogativa que no tienen todos los ciudadanos, es elevarlo a la categoría de interés público.

Pareciera que la solicitud no tuviera ningún amparo legal y que la medida restableciese una supuesta pérdida de vigencia de la patente, pero no es cierto. La usurpación de la invención en el lapso comprendido entre la publicación del extracto de la solicitud y la concesión de la patente, da lugar a acción indemnizatoria conforme al artículo 239 de la Decisión 486/00. Además, el trámite es reservado y secreto hasta la respectiva publicación, que debe hacerse dentro de los 18 meses siguientes a la presentación de la solicitud²⁷. Fijar otros términos en el TLC, en vez de cumplir los que tenemos²⁸, es patrocinar la inseguridad jurídica y ceder ante el interés norteamericano de alargar el tiempo de exclusividad.

25 Ver Poliquin, Carole, Director, documental “*El bien común: El asalto final*”, 2002, disponible en <http://www.lesproductionsisca.ca>. Última visita, 22 de abril de 2007.

26 Artículo 33, Sección 5, Parte II y artículo 50 de la Decisión 486 de 2000.

27 Artículos 40 y 41 de la Decisión 486 de 2000.

28 Título II, Capítulo IV, artículos 38 y s.s. de la Decisión 486 de 2000.

Los medicamentos y productos farmacéuticos también deben ser favorecidos con una "compensación" que "restaure el plazo de la patente", en el evento de retrasos administrativos en el permiso de comercialización. Esta "restauración" no es otra cosa que volver a correr el tiempo de vigencia de la patente extendiéndola en su duración.

Nótese bien que en el ADPIC los veinte años de protección comienzan desde la fecha de presentación de la solicitud. Esta prescripción no es casual. Finalizado el tiempo de exclusividad, al día siguiente no aparecen los productos de la competencia, que tardan de dos a cinco años en salir al mercado. La patente vencida, conserva un monopolio de hecho, y para limitarlo, el ADPIC escogió la fecha de solicitud y no de concesión. Pensar en patentes de 30 o de 50 años, es descabellado. ¿Qué tal que la bombilla de Edison todavía estuviera patentada? ¡4/5 partes de la humanidad alumbrándose con velas! La finalidad del derecho de patentes no es preservar tecnología obsoleta.

Para la salud pública de Bogotá, "dos años de prolongación representan un costo extra de más de US\$41 millones para el 2030, equivalente al gasto en medicamentos de casi 400 mil personas; y tres años, que es el efecto aproximado del vínculo registro-patente, un sobre costo de más de US\$62 millones, equivalentes al acceso a medicamentos de aproximadamente 600 mil personas"²⁹.

La Organización Panamericana de la Salud dio la voz de alerta y advirtió: "Si se alargaran las patentes un año efectivo, perderían el acceso a medicamentos 2,5 millones de colombianos"³⁰.

El ilusionismo del TLC desatiende los peligros y no escucha las críticas. ¡Qué todo sea por el bien y por la gloria del "libre" comercio! ¡No hay alternativa!

1.4 LOS DATOS DE PRUEBA RESTRINGEN LOS GENÉRICOS

Este es un engendro jurídico creado con nombre propio: las transnacionales farmacéuticas. Otra vez el Andean Trade Preference Act (ATPA) y el Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act (ATPDEA) estaban próximos a expirar. La exigencia para su renovación fue la protección de la información no divulgada, que dizque estábamos violando. El único diario de circulación nacional tituló: "Atpa, beneficio costoso". El gobierno había expedido el Decreto 2085 de 2002, que otorga un derecho de exclusividad de "cinco años contados a partir de la aprobación de la comercialización en Colombia"³¹ para las "nuevas entidades químicas". Empero, si son tan "nuevas" ¿por

29 Garzón, Luis E., artículo "Riesgos de Bogotá en el TLC. Impactos del TLC en el sector salud del Distrito Capital", Investigación de la Universidad Nacional, en *El Tiempo, Lecturas Fin de Semana*, febrero 4 de 2006, p. 9.

30 Holguín Zamorano, Germán, (Director de Misión Salud, instituida por la Conferencia Episcopal Colombiana para promover el derecho a la salud), artículo "Alerta por la salud pública", en *El Tiempo*, marzo 7 de 2005, pp. 1-13. Énfasis fuera del texto.

31 Artículo 3º del Decreto 2085 de 2002.

qué no van por la patente de veinte años? El balance negativo para la salud pública no fue óbice para la expedición del privilegio que trató de paliarse con una aplicación gradual. Colombia claudicó y los demás países andinos obtuvieron la prórroga sin necesidad de prohijar similar medida.

El ADPIC no reconoce ningún derecho de exclusividad a los datos de prueba. La propuesta de Estados Unidos en tal sentido fue derrotada³². Los países miembros de la OMC consideraron que la disciplina de la competencia desleal es más que suficiente para prevenir “contra todo uso comercial desleal”³³. La norma comunitaria andina, artículo 266 de la Decisión 486/00, es igual a la del ADPIC y tampoco confiere prerrogativa de exclusividad. La única diferencia es el inciso segundo, introducido por insistencia de la delegación colombiana, que defendía la exclusividad de los datos de prueba como mecanismo para incentivar la inversión extranjera.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en sentencia del 8 de diciembre de 2005, proceso 114-AI-2004, declaró que “la República de Colombia se encuentra en estado de incumplimiento del ordenamiento jurídico comunitario al haber emitido el Decreto 2085 de 19 de septiembre de 2002, en su artículo 3 [...]”, y al establecer plazos de exclusiva en violación de los artículos 4 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, y 260-266 de la Decisión 486/00.

Reiterando los principios de primacía, preeminencia, obligatoriedad y aplicación preferente del derecho comunitario, el Tribunal Andino recuerda que: “**La norma interna que sea contraria a la norma comunitaria, que de algún modo la contradiga o que resulte irreconciliable con ella, si bien no queda propiamente derogada, dejará de aplicarse automáticamente bien sea anterior (subrayamos) o posterior a la norma integracionista**”.

“La circunstancia de que los Países Miembros de la Comunidad Andina pertenezcan a su vez a la Organización Mundial de Comercio no los exime de obedecer las normas comunitarias andinas so pretexto de que se está cumpliendo con las de dicha organización o que se pretende cumplir con los compromisos adquiridos con ella. Ello sería ni más ni menos que negar la supremacía del ordenamiento comunitario andino que como se ha dicho es preponderante no sólo respecto de los ordenamientos jurídicos internos de los Países Miembros sino de los otros ordenamientos jurídicos internacionales a que éstos pertenezcan”³⁴.

32 Secretaría General de la Comunidad Andina, Resolución 817 del 14 de abril de 2004, párrafo 110, disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r817sg.htm>. Última visita, 22 de abril de 2007.

33 Artículo 39, párrafo 3, Sección 7, Parte II del ADPIC.

34 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, sentencia de diciembre 8 de 2005. Proceso 114-AI-2004. Énfasis fuera del texto.

Frente al TLC, conviene tener muy presente la reiterada jurisprudencia del Tribunal Andino. La normatividad comunitaria prevalece sobre la del tratado bilateral. Las diferencias y contradicciones deben resolverse de acuerdo con el principio de preeminencia del derecho comunitario, como lo hizo el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la acción de incumplimiento por la expedición del Decreto 2085/02.

*[...] en tratándose de consumidores de productos farmacéuticos, en países en desarrollo como los de la Comunidad Andina, la concesión de derechos exclusivos, por períodos de tiempo determinados, puede entrar en conflicto con derechos humanos fundamentales como la salud y la vida, toda vez que el consumo de los medicamentos está relacionado con su precio, y el precio de monopolio puede hacer imposible el acceso al medicamento, pudiendo llevar a la enfermedad y a la muerte a sus potenciales consumidores. En el caso de los datos de prueba, su protección por un período de tiempo determinado surte el efecto de extender indebidamente el monopolio de la patente, prolongando de esta manera, visto el diferimiento de la libre competencia en el mercado, la dificultad de acceso al medicamento*³⁵.

En vez de acatar el fallo, Colombia mueve los hilos diplomáticos para modificar el Régimen Común de Propiedad Industrial. Consigue el apoyo de Perú, que con la suscripción del TLC tendría el mismo problema, y de Ecuador, que pasa de la oposición a la protección de los datos de prueba en la negociación de su TLC a la permisión discrecional en la CAN. “Evo Morales, se quejó de que ‘algunos gobiernos, no países, sino gobiernos como Colombia y Perú, están destrozando a la Comunidad Andina de Naciones’ [...] Hugo Chávez, había acusado a Colombia y Perú de propinar ‘sendas puñaladas’ a la integración andina”³⁶.

La Decisión 632 del 6 de abril de 2006 precisa el alcance del inciso segundo del artículo 266 de la Decisión 486/00, “interpretación auténtica”, y decide dejar en libertad al “País Miembro que así lo considere” para establecer plazos de exclusividad en favor de los datos de prueba.

En el Congreso norteamericano representantes demócratas habían acusado a la administración del presidente George W. Bush,

*“de incumplir sus compromisos con la Declaración de Doha en cuanto a drogas genéricas al negociar Tratados de Libre Comercio (TLC) con otros países. El informe, hecho a solicitud del representante Henry Waxman, subraya seis puntos en los que Estados Unidos ignora Doha haciendo énfasis en el TLC con cinco países de Centroamérica y República Dominicana (Cafta) y en el que actualmente se negocia con Colombia, Ecuador y Perú [...] hay provisiones que bloquean la aprobación de drogas genéricas (más baratas) hasta que las drogas de marca hayan recibido como mínimo 5 años de mercado exclusivo en naciones en vías de desarrollo”*³⁷.

35 Idem.

36 Artículo “Andinos se cantan las verdades”, en *El Tiempo*, abril 6 de 2006, pp. 1-10.

37 Artículo “En los TLC, E.U. incumple sus compromisos sobre medicinas”, en *El Tiempo*, junio 10 de 2005, pp. 1-12.

El TLC confirma los cinco años de exclusividad, previstos en el Decreto 2085/02, para los medicamentos. Relacionado con lo anterior, la información suministrada para obtener el registro y permiso de comercialización de los **agroquímicos**, también cobijada por un derecho de exclusividad de cinco años, según el Decreto 502 de 2003, copia adaptada del Decreto 2085/02, **se aumentó en el TLC a diez años**. Al impedir la competencia de fertilizantes e insecticidas genéricos subirán los precios en perjuicio del agricultor y de la sociedad en general.

Para aprehender el problema, es importante entender el proceso por el cual pasan los medicamentos como condición de su aceptación. La evaluación farmacológica que realiza la autoridad sanitaria requiere la siguiente información: identificación con nombre genérico y químico del ingrediente activo, fórmula estructural, propiedades, composición o fórmula cuantitativa del medicamento, eficacia, seguridad, dosificación, vía de administración, indicaciones, contraindicaciones, interacciones y advertencias. En suma: cuál es la sustancia, para qué sirve y la relación beneficio–riesgo.

El registro sanitario no es un trámite burocrático o “patraña” de sindicatos colombianos, como algún apasionado neoliberal pudiera pensar. Cualquier país civilizado exige esta reseña como condición indispensable para autorizar la venta al público de un medicamento. La United States Food and Drug Administration (FDA), la Agencia Europea de Medicamentos, la Administración Nacional de Alimentos, Medicamentos y Tecnología Médica (ANMAT) de Argentina, etc., cumplen la misma función del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA) en custodia de la salud pública.

*“Existen dos tipos de medicamentos: los medicamentos nuevos y los medicamentos que se encuentran en las normas farmacológicas, o sea los medicamentos genéricos. La diferencia en cuanto a registro se refiere, esta en que el medicamento nuevo debe probar ante la autoridad sanitaria, en nuestro caso el INVIMA, no sólo la calidad del producto, sino que debe demostrar la eficacia y seguridad del principio activo, que son las llamadas pruebas farmacológicas. En cambio, el medicamento genérico está exonerado de presentar pruebas farmacológicas porque la eficacia y seguridad del principio activo ya es conocida por la autoridad sanitaria, eso es lo que se denomina registro simplificado o sumario, y es lo que las multinacionales con el apoyo del gobierno norteamericano están pidiendo abolir en Colombia”*³⁸.

El TLC complace a dichas multinacionales refrendando la prematura prebenda del Decreto 2085/02 y extendiendo el monopolio de agroquímicos de cinco a diez años.

Obtener un principio activo implica un proceso investigativo: preclínico –in vitro y en animales–, clínico –en seres humanos, voluntarios y de ciertas características– para

³⁸ Holguín Zamorano, Germán, *Reportaje*, disponible en <http://www.saludcolombia.com/actual/salud65/report65.htm>. Última visita, 22 de abril de 2007. Énfasis fuera del texto.

determinar la eficacia terapéutica. Los estudios de biodisponibilidad indican la cantidad y velocidad con que la sustancia activa se absorbe y llega al lugar de acción. La nueva entidad química es patentable por mandato del ADPIC, así sea un medicamento esencial.

El genérico se identifica con el nombre del ingrediente activo y es equivalente farmacéutico del medicamento innovador cuya patente ya expiró. Sólo necesita demostrar su bioequivalencia con la sustancia original, sin necesidad de más estudios, porque emplea un principio activo ya conocido. "El genérico no es un tipo de medicamento, sino el nombre correcto de todos los medicamentos"³⁹. Expirada la patente el fármaco continúa conociéndose por la marca, que en el pasado lo distinguió como novedoso. Los medicamentos de marca, así no estén patentados, son mucho más costosos que los genéricos. Prescribir por la denominación común internacional o nombre genérico, como por ley se ordenó en Argentina, reduce el precio de la receta, a menos que no exista medicamento similar.

No tiene sentido crear *ad hoc* un privilegio de exclusividad para unos estudios, "información privilegiada", que ya fueron recompensados por la patente de invención del nuevo medicamento encontrado. La falacia del TLC, igual a la del Decreto 2085/02, queda al descubierto cuando dice que un producto farmacéutico es "nuevo" si contiene una "entidad química", sustancia activa, que no tiene registro sanitario en el país. La ausencia de previa autorización para comercializar el medicamento en Colombia lo reviste de novedad, así sea conocido en todo el mundo. El estado del arte o de la técnica, concepto tradicional en el derecho de patentes, queda circunscrito al ámbito nacional. La globalización no existe para los medicamentos. Fármacos viejos en el mundo son "novedosos" en el país del "Sagrado Corazón". Por eso es que no los patentan. La "nueva entidad química" no resistiría un examen de patentabilidad. Van por la exclusividad de cinco años porque están en el estado de la técnica y no pueden aspirar a los veinte años de la patente.

La única "ganancia" con el TLC es que se puede exigir que la autorización de comercialización en los Estados Unidos no tenga un tiempo superior a los cinco años. Caso contrario, el privilegio de exclusividad de la "información del nuevo medicamento" no procederá. La novedad local, nacional, se limita a cinco años hacia atrás teniendo en cuenta la fecha del registro sanitario en los Estados Unidos. Por supuesto, la compañía farmacéutica norteamericana no dejará pasar más de cinco años del registro sanitario ante la FDA, para solicitarlo ante el INVIMA. La cortapisada temporal parece menos absurda que la protección indefinida de fármacos viejos en el mundo pero "nuevos" en el país, blindándola de posibles acciones judiciales. De igual manera, los laboratorios nacionales no podrán utilizar la autorización expedida por la FDA como base para la aprobación de un genérico durante los cinco años siguientes a dicho permiso.

39 Ministerio de Salud de Argentina, disponible en http://www.msal.gov.ar/htm/site/medic_genericos1.asp. Última visita, 26 de mayo de 2007.

Además, si la patente del medicamento expira en los Estados Unidos y aquí disfruta de la exclusividad sanitaria, a lo mejor por no tramitarla en su oportunidad o haberse negado en Colombia, el tiempo de privilegio no puede alterarse y los cinco años seguirán corriendo aun cuando la patente no esté vigente.

Para rematar, el INVIMA debe informar al titular de la patente del permiso de comercialización que un tercero solicite. La “excepción Bolar”, aceptada en los Estados Unidos y reconocida por la OMC, consistente en la autorización de adelantar el trámite del permiso de comercialización, para no retardar la entrada del medicamento genérico al mercado cuando expire la patente, queda en entredicho, supeditada al accionar del titular del derecho de exclusiva.

La remisión a la Declaración de Doha en la “*carta de entendimiento*”, anexa al texto legal del TLC, no es suficiente garantía para la salvaguarda de la salud pública, lesionada con unas disposiciones que exceden los estándares internacionales. Los derechos fundamentales al acceso a los medicamentos, salud y vida de los colombianos, deben prevalecer por encima del interés particular. La propiedad privada tiene una función social y la propiedad intelectual no es una excepción. La Corte Constitucional no puede ser inferior a su misión de proteger los derechos fundamentales y preservar el Estado social de derecho.

I.5 Y LA BIOPIRATERÍA... SIGUE TAN CAMPANTE

El amable lector que haya seguido hasta aquí estas líneas, se sorprendería si esta página estuviese en blanco, sin embargo, corresponde a lo que el TLC trae sobre conocimiento tradicional: ¡Nada! No hay un solo párrafo o inciso que prohíba el saqueo de nuestros valiosos recursos genéticos y de la propiedad intelectual indígena (también conocida como “conocimiento tradicional”).

*“Postular la propiedad intelectual indígena requiere comprender sus singulares características. Ante todo, el titular del derecho no es una persona natural o jurídica como en el sistema de propiedad privada, sino la comunidad indígena, afro-americana o campesina local. Se trata entonces, de derechos intelectuales colectivos o comunitarios. La propiedad intelectual indígena connota derechos colectivos sobre creaciones y bienes comunes, que la comunidad posee y ha cuidado desde tiempos inmemoriales, mejorándolos en forma constante. No son invenciones conjuntas en el sentido de realizadas por varias personas, como lo prevén las diferentes normatividades, o mediadas por una relación laboral [...] La creación no es producto de una repentina genialidad o del esforzado trabajo continuo de un equipo investigador. En la propiedad intelectual indígena es la sumatoria de un conocimiento ancestral, transmitido, conservado y desarrollado, de generación en generación”*⁴⁰.

40 Uribe Arbeláez, Martín, *La transformación de la propiedad intelectual*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2005, pp. 258-259.

El pillaje de la maca, "viagra" natural de los Andes del Perú y Bolivia; la ayahuasca, ayahuasa o yagé, planta sagrada de diferentes tribus del Amazonas; la quinua, planta originaria del altiplano de Bolivia, de excepcional valor nutritivo⁴¹, o del nim, *neem* en inglés, árbol de la India, antiparasitario, antiespasmódico, abono y biopesticida, podrá repetirse con otras tantas variedades de plantas vegetales y sus componentes intangibles asociados. Los países del tercer mundo, ricos en biodiversidad como Colombia, continúan en el limbo, sin un eficaz instrumento jurídico de protección.

En contraste con la rigurosa y pormenorizada reglamentación de la "información privilegiada", que muchas veces no es más que un "secreto" de dominio público, el TLC deja en la orfandad al conocimiento tradicional. No hay la obligación por parte de Estados Unidos, donde la Oficina de Marcas y Patentes ha legalizado la biopiratería, de respetar nuestros conocimientos tradicionales. Hablar en abstracto de "distribución equitativa de los beneficios", es una fórmula vacía que no se traduce en un avance efectivo de los principios ya consagrados en el Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, la Cumbre Mundial de la Tierra o Conferencia de Río de Janeiro de 1992, que Estados Unidos no ha querido ratificar, y en la Decisión 391 de 1996, Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos.

Por ninguna parte aparece la necesidad de exigir certificación del origen de los recursos genéticos, los contratos de acceso, consentimiento fundamentado previo y la prueba de la participación justa y equitativa en las utilidades derivadas del conocimiento tradicional, como requisito *sine qua non* para el trámite de cualquier patente sobre material biológico o componente intangible asociado. Tampoco se encuentra en el texto la sanción de nulidad absoluta de la patente, concedida en violación de los derechos del país de origen del recurso genético y la comunidad indígena, afro-americana o campesina raizal. La acción reivindicatoria del material genético y sus productos derivados más la consiguiente indemnización de perjuicios por el daño causado⁴², brillan por su ausencia.

En lugar de impulsar el reconocimiento del Convenio sobre Biodiversidad Biológica y las normas rectoras de la Decisión 391 de 1996, la "carta de entendimiento" remite a la elaboración de una "base de datos", arma de doble filo, que puede precipitar al conocimiento tradicional hacia el dominio público.

Voluntad política para implementar los derechos tutelados en la Decisión 391 de 1996, es lo que en este, como en tantos otros campos, ha faltado. Como vamos, los contratos privados reemplazarán la protecciónista norma comunitaria.

41 Véase Monroy Rodríguez, Juan Carlos, Director de la Investigación, *Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual, Ramiro Bejarano Guzmán, Director, Bogotá, 2006.

42 Artículo 50, literal j), Segunda Disposición Complementaria y Tercera Disposición Transitoria de la Decisión 391 de 1996.

2. MODELO EXPORTADOR Y ESTADO MINUSVÁLIDO

El TLC es la consagración del proceso de “*apertura*”, iniciado en la década de los noventa, cuyo resultado más notable fue la recesión económica que en 1999 arrojó un crecimiento negativo del PIB en - 4,5%, el peor año del siglo XX desde que existen indicadores. El TLC eleva la apertura a la enésima potencia. Dinamizar las exportaciones, favorecer la inversión extranjera, desgravar el capital, incrementar el IVA como fuente principal de recursos fiscales, “*flexibilizar*” la mano de obra y disminuir el gasto social, es el recetario neoliberal. La “*seguridad democrática*” apuntala el escenario privatizador de la riqueza nacional. Contra la evidencia histórica del mismo Estados Unidos que se desarrolló con base en su mercado interno, la trampa ideológica de moda, ayer el librecambio hoy la globalización, nos promete bienestar con el crecimiento de las exportaciones. Renunciar a la industrialización, sacrificar la agricultura y el consumo interno, no importa. Por arte de “*birlibirloque*” y como “*por ensalmo*”, el crecimiento económico irradiará progreso y justicia social.

“*Reinventar la CAN*” es ponerla a funcionar hacia fuera, desvirtuando el desarrollo subregional y la integración latinoamericana, postulada en el preámbulo, artículos 9° y 227 de la Constitución Política de Colombia. Privilegiar el TLC por encima de las normas comunitarias es desnaturalizar el Acuerdo de Cartagena, concebido para impulsar el desarrollo sobre la base de preferir a los andinos, no a Estados Unidos. Maquilar artículos o sus partes, en vez de industrializarnos; importar cosechas y alimentos del Norte, en lugar de adquirirlos de nuestros vecinos bolivarianos; extender los principios del trato nacional y de la nación más favorecida⁴³, a costa de los países miembros, no fue la finalidad del Pacto Andino.

¿Miedo a la competencia? “*¡Cinco días hábiles de la semana en subsidios que se le pagan a los agricultores del mundo industrializado, equivalen a lo que reciben los 50 países productores de café por sus exportaciones en todo un año!*”⁴⁴ Frente a los inmensos subsidios agrícolas norteamericanos, la campaña de “*agro ingreso seguro*” es “*pelea de tigre con burro amarrado*”. A primera vista, el consumidor saldrá ganador, pero cuando no haya producción nacional se padecerán los conocidos efectos del *dumping*: subirán los precios. No otro castigo merece un país rico en tierras, que renunció a alimentar su población. Es la repetida historia del monocultivo exportador. “[...] lo que se demuestra claramente es que la especialización intranacional e internacional está organizada en tal forma, que un miembro del equipo se especializa en morirse de hambre en tanto que el otro lleva la ‘carga del hombre blanco’, consistente en recoger las ganancias”⁴⁵.

43 Véase Tribunal de Justicia de la CAN, Sentencia del 1º de febrero de 2002, proceso 14-AN-2001, que declaró parcialmente nulo el artículo 1º de la Decisión 486/00 y la nulidad total de su artículo 2º.

44 Acosta Medina, Amylkar D., *El TLC en blanco y negro*, Bogotá, Ed. Edision Ltda., 2006, p. 249.

45 Baran, Paul A., *La economía política del crecimiento*, México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1959, p. 215.

¿En qué queda la seguridad alimentaria prevista en el artículo 65 de la Carta? La teoría neoliberal de las ventajas competitivas no se aplica en el TLC. La agricultura, saboteadas por los subsidios y las normas fitosanitarias; los textiles, amenazados por la mano de obra tan barata que es casi esclava; los genéricos, proscritos; el software libre, restringido; las denominaciones de origen, despojadas por las marcas; la transferencia de tecnología, reducida a divulgación; la propiedad intelectual, transformada en práctica restrictiva de la competencia.

Los recursos para investigación son apenas el 0,17% del PIB⁴⁶. "Según el Banco mundial, las necesidades anuales de inversión en infraestructura de transporte ascienden a 815 millones de dólares, prácticamente lo que cuesta el Plan Vial 2500"⁴⁷. Acaso, ¿esperamos seguir el ejemplo de México con el NAFTA? "Vio crecer sus exportaciones y con la maquila generó 500.000 nuevos empleos, pero en la industria manufacturera no maquiladora se perdieron 90.000 y en el sector agrícola, entre el 1993 y el 2002, desaparecieron 1,3 millones de empleos"⁴⁸. ¿Se justifica una expectativa oficial de crecimiento "hasta en 4,2 por ciento como consecuencia del TLC"⁴⁹, mientras en el 2005 el crecimiento de Uruguay, República Dominicana, Argentina y Venezuela, fue del 9,3% aproximadamente?⁵⁰

La autodenominada "cláusula de anulación y menoscabo" impide que el Estado adopte políticas sociales en defensa de los sectores más vulnerables. Cualquier intervención estatal que disminuya la expectativa de ganancia prevista por el inversionista extranjero, será indemnizable en el 100% de las utilidades dejadas de percibir. El "órgano de solución de diferencias" del TLC, es el único competente para dirimir conflictos. En la primera cumbre ministerial de la OMC en Singapur, en 1996, se plantearon estos temas que fueron rechazados por la mayoría de los Países Miembros. El ALCA (Área de Libre Comercio de las Américas) los retomó, pero al empantanarse, pasaron a formar parte del modelo tipo TLC.

La pobreza ronda más o menos el 60% de la población, si el desempleo aumenta y los salarios disminuyen en términos reales, ¿hacia dónde vamos? Cualquiera puede predecir que el campesinado desplazado recurrirá a las actividades ilícitas como medio de supervivencia. La legalización de "Las flores del mal" es un imposible mientras sigamos sujetos a la doble moral de la cruzada "antiterrorista". Como también son intocables, el petróleo, carbón o níquel, ya negociados.

46 Artículo "Educación, salud y tecnología, lastres del país para competir", en *El Tiempo*, abril 6 de 2006, pp. 1-7.

47 Hernández Bolívar, Saúl, artículo "El TLC: ¿a lomo de mula?", en *El Tiempo*, mayo 16 de 2006, pp. 1-15.

48 Gaviria, Alejandro, Investigación Universidad de los Andes, en *El Tiempo*, julio 23 de 2004, pp. 1-2.

49 Separata "Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Información Institucional", en *El Tiempo*, marzo 8 de 2006, p. 5.

50 Iglesias, Enrique, ex-presidente del BID, artículo en *El Tiempo*, junio 19 de 2006, pp.1-9.

Colombia es un Estado plutocrático neoliberal que promueve el libre desarrollo de la propiedad privada. La función social del Estado es privatizar lo público y fomentar la acumulación infinita de capital. En la exposición de motivos del nuevo texto constitucional, se leerá: “Nuestros sacrificios serán reconocidos por las futuras generaciones, que recogerán los dividendos de los ajustes que hoy aprobamos.” Igual que en el comunismo, la fe neoliberal al servicio de las transnacionales ilusiona con un mejor mañana para otros... siempre y cuando, los recursos finitos del planeta Tierra soporten la explotación irracional.

3. CONCLUSIÓN: EL TLC UN NUEVO OBSTÁCULO PARA EL DESARROLLO CON EQUIDAD

“La globalización es el control del mundo por poderosos intereses económicos supraestatales a través del mercado global, que tiende a liberarse de toda responsabilidad social y ambiental”⁵¹.

“[...] la globalización se construye por encima de los Estados, empujados a conformarse con un papel de subcontratistas en materia de política nacional y en el manejo de los negocios del mundo. Lo novedoso en la globalización es que las firmas transnacionales buscan sacar al Estado de la esfera económica y, en lo posible, de las esferas sociales y culturales, para dejarle las funciones básicas de protector de la propiedad privada, guardián del orden social y director de proyectos de infraestructura. Se trata de una visión empresarial del mundo, llamado a funcionar como una empresa privada, libre de toda restricción política y social”⁵².

Lo que no se pudo lograr en la OMC o imponer en bloque en el ALCA, es presentado en los TLC como nuevo paradigma de crecimiento económico. ¿Desarrollo para quién? ¿A qué costo? El empobrecimiento cada vez más agudo de los pueblos indoamericanos, víctimas de la engañifa neoliberal “aperturística”, no constituye reparo ético para extremar la receta. Lo único que importa son las utilidades. Maximizar las ganancias, sin ningún tipo de consideración humana, social o medioambiental, es el fin que todo lo justifica. El peligro que representa para la vida del planeta Tierra la sobreexplotación de los recursos naturales y la extinción de la biodiversidad, no preocupa a la gran corporación conglomerada movida solo por el afán de lucro. Una nueva forma de colonialismo atá a los Estados impidiéndoles velar por el bien común. Cualquier intervención los condenará a cuantiosas indemnizaciones por disminuir la prospección del inversionista. La mercantilización no respeta nada.

“Desde las acciones respaldadas por la fuerza de la conquista sobre los territorios dominados para extraer y transferir organismos biológicos, pasando por la recolección

51 Gélinas, Jacques B., *El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas*, Medellín, Ed. Hombre Nuevo, 2006, p. 44.

52 Idem., p. 45.

*de organismos biológicos y su almacenamiento en bancos internacionales de germoplasma, bajo la noción de patrimonio común de la humanidad, hasta las formas de propiedad intelectual sobre materia viva, se advierte una tendencia a establecer derechos de propiedad cada vez más estrictos y precisos sobre la materia viva. Una constante en este proceso, es que los regímenes de DPI sobre material genético, como todo régimen de propiedad, siguen siendo una expresión del poder económico y político de los actores interesados en el control y la explotación con fines lucrativos*⁵³.

Frustrada la soñada industrialización, nos conformamos con las maquilas que van y vienen en busca de mano de obra más barata. La evidencia histórica enseña que el desarrollo económico depende en gran parte de la capacidad manufacturera y la generación de tecnología propia.

*"La encrucijada en que se encuentra el régimen político de crecimiento colombiano, expresada por un mediocre crecimiento, una contrarreforma agraria, un proceso de paz que otorga privilegios a sectores ilegales y un deterioro en los indicadores de cambio estructural y distribución del ingreso obligan de alguna manera a reflexionar nuevamente sobre el papel de la industrialización, ya no sólo como 'motor de crecimiento', sino también como la base para la construcción de una sociedad moderna y civilizada"*⁵⁴.

El TLC toma el camino opuesto, abandonando a su suerte la industria nacional y claudicando en la autosuficiencia alimentaria. No es casual que los empresarios nacionales liquiden sus activos y se vayan del país, o se asocien, a marchas forzadas, con el capital transnacional, resignándose a un papel subordinado. Cuatro millones de compatriotas buscan en el exterior las oportunidades que aquí no encuentran⁵⁵. Sus remesas superan el valor de las exportaciones de café⁵⁶. La exclusión social de los desposeídos nutre la economía subterránea, donde sí hay empleo, sacrificando la paz. Metidos de cabeza como el aveSTRUZ para no escuchar los gritos de reforma social, ciegos ante cualquier otra opción y prisioneros de la caverna neoliberal, repetimos a pie juntillas: ¡No hay alternativa!

"En el período 2002-2005 Argentina creció 9% en promedio y todo parece indicar que el comportamiento se mantendrá en el presente año... Luego de que Argentina formara parte de las economías que se precipitaron en crisis como consecuencia de las aperturas comerciales y cambiarias y las exigencias del FMI, el presidente Kirchner inició un programa de ajuste que se apartaba de las fórmulas tradicionales del organismo. En primer lugar, el repudio del 70% de la deuda externa le dio un

53 Nemogá Soto, Gabriel R., artículo "Régimen de propiedad sobre recursos genéticos y conocimiento tradicional", en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002, p. 126.

54 Moreno Rivas, Álvaro Martín, artículo "Apuntes sobre la relación entre industrialización y crecimiento en Colombia", en *UNPeriódico*, octubre 15 de 2006, p. 3.

55 Artículo "Emigrantes, en la agenda", en *El Tiempo*, julio 29 de 2006, pp. 1-24.

56 Artículo "Remesas de trabajadores crecieron 17%", en *Portafolio*, abril 3 de 2007, p. 8.

*enorme espacio para ampliar el gasto público. Al mismo tiempo, adoptó una cuantiosa devaluación que propició las exportaciones y moderó las importaciones. Al cabo de un año, la economía salió de la peor recesión del siglo y pasó de un déficit en cuenta corriente a un cuantioso superávit*⁵⁷.

Engatusados por aparentes novedades jurídicas, caemos en la trampa de la propiedad intelectual que ya no es un estímulo a la creatividad y la innovación, sino un disfraz de prácticas restrictivas de la competencia. La tan cacareada investigación y desarrollo apuntala la obtención de ganancias monopolísticas a costa de la salud pública. La exclusividad de los datos de prueba asegura un mercado cautivo para medicamentos viejos o reciclados.

La industria farmacéutica “en vez de ser un motor de innovación, es una máquina de comercialización. En vez de ser una historia exitosa del mercado libre, vive de la investigación financiada por el gobierno y de sus derechos al monopolio”⁵⁸.

*“En 2002, cuando las diez compañías farmacéuticas estadounidenses en la lista de Fortune 500 tenían en conjunto ventas en todo el mundo de cerca de 217 mil millones de dólares y gastaban tan sólo el catorce por ciento de esa cifra en I & D (alrededor de 31 mil millones de dólares), contaban con un margen de ganancia del diecisiete por ciento (36 mil millones). Por tanto, las ganancias eran sustancialmente mayores que los costos de I & D. Aun más sorprendente es el hecho de que gastaban la enorme cantidad de 31 por ciento (unos 67 mil millones) en mercadeo y administración”*⁵⁹.

Aceptar en el TLC la concesión de patentes a plantas y animales es legalizar la biopiratería y renunciar a nuestra megabiodiversidad. El patentamiento de genes haría rabiar a Mendeleiev, no por haber dejado de patentar la tabla periódica de los elementos químicos sino por la mezquindad actual. Pero que no se diga que no hay preocupación “*por lo social*”. Estudios gubernamentales anuncian que una fórmula para disminuir la pobreza es eliminar el régimen de prima media, es decir, la pensión mínima⁶⁰. Y para tranquilidad de todos, afirman que de ser necesario, para la aprobación del TLC en el congreso norteamericano, se harían más concesiones⁶¹. Puro realismo mágico que nada tiene que envidiarle a la imaginación de García Márquez. El futuro dirá si la manipulación mediática prevalece sobre la agobiante realidad. Vivir de los expatriados por falta de oportunidades y de las maquilas de turno, aplastados por la carga tributaria para pagar la deuda externa y solventar el déficit fiscal, con una seguridad social de papel, importando hasta la papa..., no es el mejor de los mundos posibles.

57 Sarmiento P., Eduardo, artículo “*El experimento argentino*”, en *El Espectador*, semana de octubre 1° al 7 de 2006, p. 2C.

58 Angell, Marcia, *La verdad acerca de la industria farmacéutica. Cómo nos engaña y qué hacer al respecto*, Bogotá, Ed. Norma, 2006, p. 41.

59 Idem., pp. 69-70.

60 Artículo “*Se enciende la controversia sobre cómo bajar la pobreza*”, en *El Tiempo*, octubre 22 de 2006, pp. 1-20.

61 Artículo “*El TLC con E.U. tendría un ‘otro sí’*”, en *El Tiempo*, octubre 23 de 2006, pp. 1-12.

Pese a todo, en la sabiduría popular hay un mensaje de esperanza: "no hay mal que dure cien años, ni pueblo que lo resista".*

Surtida la última corrección de este artículo, senadores demócratas de Estados Unidos exigen modificaciones sustanciales en el texto del TLC para atenuar la restricción a los genéricos, proteger la vida de los sindicalistas e incorporar normas de la Organización Internacional del Trabajo. El gobierno de Colombia hace intenso *lobby* ante el Congreso norteamericano para lograr la aprobación del TLC.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Medina, Amylkar D., *El TLC en blanco y negro*, Bogotá, Ed. Edision Ltda., 2006.
- Artículo "Andinos se cantan las verdades", en *El Tiempo*, abril 6 de 2006, pp. 1-10.
- Angell, Marcia, *La verdad acerca de la industria farmacéutica. Cómo nos engaña y qué hacer al respecto*, Bogotá, Ed. Norma, 2006.
- Baran, Paul A., *La economía política del crecimiento*, México D.F., Ed. Fondo de Cultura Económica, 1959.
- Baylos Corroza, Hermenegildo, *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid, Ed. Civitas, 1978.
- Charry, Laura, artículo "TLC recibe 'palo' de Joseph Stiglitz y de Jeffrey Sachs", en *El Tiempo*, abril 18 de 2006, pp. 1-8.
- Artículo "Educación, salud y tecnología, lastres del país para competir", en *El Tiempo*, abril 6 de 2006, pp. 1-7.
- Artículo "El TLC con E.U. tendría un 'otro sí'", en *El Tiempo*, octubre 23 de 2006, pp. 1-12.
- Artículo "Emigrantes, en la agenda", en *El Tiempo*, julio 29 de 2006, pp. 1-24.
- Artículo "En los TLC, E.U. incumple sus compromisos sobre medicinas", en *El Tiempo*, junio 10 de 2005, pp. 1-12.
- Gamboa Benavides, Javier, *Patentabilidad de los métodos de negocios en Internet*, en *Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones*, Bogotá, Ed. Universidad de los Andes-Legis, 2002.
- Garzón, Luis E., artículo "Riesgos de Bogotá en el TLC. Impactos del TLC en el sector salud del Distrito Capital", Investigación de la Universidad Nacional, en *El Tiempo, Lecturas Fin de Semana*, febrero 4 de 2006, p. 9.
- Gaviria, Alejandro, Investigación Universidad de los Andes, en *El Tiempo*, julio 23 de 2004, pp. 1-2.
- Gélinas, Jacques B., *El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas*, Medellín, Ed. Hombre Nuevo, 2006.
- Hernández Bolívar, Saúl, artículo "El TLC: ¿a lomo de mula?", en *El Tiempo*, mayo 16 de 2006, pp. 1-15.

* El autor agradece al profesor Gabriel Ricardo Nemogá Soto, por sus sugerencias y revisión del texto. No está por demás aclarar que los anatemas deben recaer sólo sobre el autor.

- Holguín Zamorano, Germán, (Director de Misión Salud, instituida por la Conferencia Episcopal Colombiana para promover el derecho a la salud), artículo *Alerta por la salud pública*, en *El Tiempo*, marzo 7 de 2005, pp. 1-13.
- Holguín Zamorano, Germán, *Reportaje*, disponible en <http://www.saludcolombia.com/actual/salud65/report65.htm>.
- Iglesias, Enrique, ex-presidente del BID, artículo en *El Tiempo*, junio 19 de 2006, pp. 1-9.
- Ministerio de Salud de Argentina, http://www.msal.gov.ar/htm/site/medic_genericos1.asp.
- Monroy Rodríguez, Juan Carlos, Director de la Investigación, *Régimen de protección socio jurídica de los conocimientos tradicionales en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Estudios de la Propiedad Intelectual, Ramiro Bejarano Guzmán, Director, Bogotá, 2006.
- Moreno Rivas, Álvaro Martín, artículo “*Apuntes sobre la relación entre industrialización y crecimiento en Colombia*”, en *UNPeriódico*, octubre 15 de 2006, p. 3.
- Nemogá Soto, Gabriel Ricardo, artículo “*Por qué No a las patentes sobre plantas y animales*”, en EcoPortal.Net, <http://www.ecoportal.net/content/view/full/46027>.
- Nemogá Soto, Gabriel R., artículo “*Régimen de propiedad sobre recursos genéticos y conocimiento tradicional*”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, No. 15, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.
- Organización Mundial del Comercio, <http://www.tripsagreement.net/documents/GATTdocs/IP/C/M/40>.
- Pachón, Manuel y Zoraida Sánchez Ávila, *El Régimen Andino de la Propiedad Industrial*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 1995.
- Poliquin, Carole, Director, documental “*El bien común: El asalto final*”, disponible en <http://www.lesproductionsisca.ca>.
- Ravassa Moreno, Gerardo José, *Derecho Comercial Bienes Mercantiles. Tomo I*, Bogotá, Ed. Gustavo Ibáñez, 2001.
- Artículo “*Remesas de trabajadores crecieron 17%*”, en *Portafolio*, abril 3 de 2007.
- Rengifo García, Ernesto, *Propiedad intelectual. El moderno derecho de autor*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Robledo del Castillo, Pablo Felipe, Director de la Investigación, *Los derechos del obtentor de variedades vegetales en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.
- Sarmiento P, Eduardo, artículo “*El experimento argentino*”, en *El Espectador*, semana de octubre 1° al 7 de 2006, p. 2C.
- Secretaría General de la Comunidad Andina, Resolución 817 del 14 de abril de 2004, disponible en <http://www.comunidadandina.org/normativa/res/r817sg.htm>.
- Artículo “*Se enciende la controversia sobre cómo bajar la pobreza*”, en *El Tiempo*, octubre 22 de 2006, pp. 1-20.
- Artículo “*Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Información Institucional*”, en *El Tiempo*, marzo 8 de 2006, Separata, p. 5.
- Uribe Arbeláez, Martín, *La transformación de la propiedad intelectual*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2005.
- Uribe Arbeláez, Martín, *Propiedad Industrial, Neoliberalismo y Patente de la Vida*, Bogotá, Ed. Doctrina y Ley, 2002.